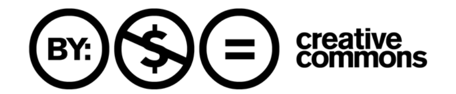


Revue internationale de droit comparé

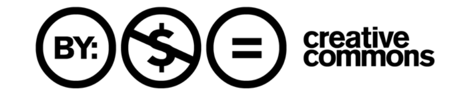
La liberté de tester en droit allemand : tendances de la jurisprudence et réformes législatives

Anne Röthel



Résumé
L'auteur analyse la position actuelle de la liberté de tester en droit des successions allemand. La liberté de tester est limitée non seulement par la réserve légale (Pflichtteilsrecht), mais aussi par l'exercice d'un contrôle judiciaire du contenu des testaments pour éviter les effets de «pression intolérable » sur les testateurs et héritiers. D'autres limites de la liberté de tester résident dans l'interdiction fidéicommissaire ou suivent des pactes successoraux et des testaments communs. Enfin sont présentées les récentes réformes législatives de la réserve légale. L'auteur soutient l'idée de redéfinir la relation entre la liberté de tester et le besoin de limiter cette liberté pour des raisons de protection en cas de défaillance d'autonomie.

Abstract
The author analyses the current situation of testamentary freedom in the German law of succession. This freedom is not only limited by the compulsory portion (" Pflichtteilsrecht"), but also by the exercise of judicial control of the content of a will in order to avoid an " unreasonable pressure" on testators and heirs. Other limits of testamentary freedom are based on the prohibition of fideicommissum or result from inheritance contracts and joint wills. Furthermore, the author explains the recent legislative reforms in the law of compulsory portion and eventually suggests for the relation between the testamentary freedom and the need to restrict it for protective reasons to be reconsidered.



R.I.D.C. 1-2011

LA LIBERTÉ DE TESTER EN DROIT ALLEMAND : TENDANCES DE LA JURISPRUDENCE ET RÉFORMES LÉGISLATIVES

Anne RÖTHEL*

L'auteur analyse la position actuelle de la liberté de tester en droit des successions allemand. La liberté de tester est limitée non seulement par la réserve légale (*Pflichtteilsrecht*), mais aussi par l'exercice d'un contrôle judiciaire du contenu des testaments pour éviter les effets de « pression intolérable » sur les testateurs et héritiers. D'autres limites de la liberté de tester résident dans l'interdiction fidéicommissaire ou suivent des pactes successoraux et des testaments communs. Enfin sont présentées les récentes réformes législatives de la réserve légale. L'auteur soutient l'idée de redéfinir la relation entre la liberté de tester et le besoin de limiter cette liberté pour des raisons de protection en cas de défaillance d'autonomie.

The author analyses the current situation of testamentary freedom in the German law of succession. This freedom is not only limited by the compulsory portion ("Pflichtteilsrecht"), but also by the exercise of judicial control of the content of a will in order to avoid an "unreasonable pressure" on testators and heirs. Other limits of testamentary freedom are based on the prohibition of fideicommissum or result from inheritance contracts and joint wills. Furthermore, the author explains the recent legislative reforms in the law of compulsory portion and eventually suggests for the relation between the testamentary freedom and the need to restrict it for protective reasons to be reconsidered.

* Bucerius Law School Hamburg. L'auteur est titulaire d'une chaire de droit civil, droit européen et international privé. Elle remercie M. Ulrich Wilke, LL.B., Bucerius Law School.

I. INTRODUCTION

Dans de nombreux ordres juridiques, le droit de succession et la liberté de tester sont en train d'être reformés : après la grande réforme en France de 2007, celles des Pays-Bas (2003), du Danemark (2008), de la Catalogne (2008) et également de l'Allemagne (2010). Mais en droit civil, le législateur n'est pas le seul acteur. Une jurisprudence sensible et la créativité des notaires et des avocats sont également à l'origine des changements en droit des successions. Les remarques suivantes concernent l'état actuel de la liberté de tester en droit des successions allemand, surtout en ce qui concerne la réforme récente du droit à la réserve légale (*Pflichtteilsrecht*) et en considération des tendances de la jurisprudence.

Il est bien connu que le Code civil allemand (BGB) a largement adapté la tendance libérale du droit romain classique. Des pouvoirs considérables sont reconnus au testateur : la substitution fidéicommissaire (*Nacherbschaft*, héritier « grevé ») et l'exécution du testament (*Testamentsvollstreckung*)[1] ont pris une forme qui est plutôt favorable au testateur. Les limites de la liberté de tester sont à rechercher ailleurs. Elles résident d'abord dans la réserve légale, et ensuite dans la pratique judiciaire qui exerce un contrôle de plus en plus visible en matière d'ordre public. Enfin, on trouve des prohibitions de tester spécifiques.

II. QUELQUES REMARQUES PRATIQUES

Jetons d'abord un coup d'œil sur la partie pratique de la liberté de disposer par testament, c'est-à-dire sur la question, à quelle fréquence et avec quelle tendance dispose-t-on en fait par testament. Dans la mesure où des enquêtes officielles à l'échelle fédérale n'existent pas[2], un quota de 20 à

[1] Vue d'ensemble comparatiste par exemple chez DUTTA, articles « Vor- und Nacherbschaft » et « Testamentsvollstreckung », in BASEDOW/HOPT/R. ZIMMERMANN (éds.), *Handwörterbuch zum Europäischen Privatrecht*, 2009.

[2] Il n'y a pas d'enquête de l'Office fédéral des statistiques et des études économiques. Il faut donc forcément recourir à des enquêtes privées moins représentatives, par ex. chez LEIPOLD, *Archiv für die civilistische Praxis* (*AcP*) 180 (1980), 160 (193 et s.) ; SCHULTE, *Art und Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen*, 1982 ; ROTERIN, *Rechtstatsächliche Untersuchung zum Inhalt eröffneter Verfügungen von Todes wegen*, 1986 ; GUERICKE, *Rechtstatsächliche Untersuchung über das Verfügungsverhalten und die Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht des BGB*, 1994 ; VOLLMER, *Verfügungsverhalten von Erblassern und dessen Auswirkungen auf das Ehegattenerbrecht und das Pflichtteilsrecht*, 2001 ; METTERNICH, *Verfügungsverhalten von Erblassern* (Thèse de doctorat, Marbourg), 2010, aussi bien que les études d'INFRATEST (2007), de l'Association allemande du droit portant sur la succession et les libéralités à cause de mort et de la succession en patrimoine, *Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2006, et d'ALLENSBACH, 2006.

25 % était établi dans des recherches plus ou moins représentatives, effectuées par des sociétés privées[3]. Ce quota, qui paraît se situer à un niveau plutôt bas, se réfère pourtant à la population allemande totale. Dans le cadre d'un sondage, 58 % des gens de 60 ans ou plus indiquaient tout de même qu'ils avaient déjà établi un testament[4]. Cela relativise le bas quota susvisé en relation avec la population totale[5]. En particulier, il faut prendre comme point de départ le fait qu'une part croissante des testateurs est assez âgée. Plus de la moitié des défunts dispose dans les années 70 ou 80 pour la première fois ou de nouveau ; un sur cinq ne s'occupe pas de l'affectation de leur patrimoine avant la quatre-vingtième année[6]. Ce fait pose des problèmes spécifiques pas complètement résolus à l'aménagement de la liberté de disposer par testament lorsqu'il s'agit de la capacité de tester et en particulier de la possibilité de rédiger un testament privé de l'influence des tiers. Ceci sera analysé ultérieurement (v. *infra* III. 4.).

Pour autant que le contenu des dernières volontés soit important, deux développements sont remarquables : premièrement la tendance à léguer au conjoint survivant en tant qu'héritier unique pour éviter une communauté héréditaire indésirable avec les enfants, et deuxièmement, à l'inverse, disposer en faveur du conjoint par acte entre vifs et léguer seulement aux enfants.

III. CONTRÔLE JURIDIQUE PAR L'ORDRE PUBLIC (§ 138 BGB)

Comme toutes les conventions légalement formées, les dernières volontés ne doivent pas être contraires aux bonnes mœurs (§ 138 BGB). Sinon elles n'ont aucun effet légal. Outre la réserve légale, les bonnes

---

[3] INFRATEST a estimé un quota de 25 % en 2007, ALLENSBACH a estimé un quota d'environ 27 % en 2006, chaque fois par rapport à la population totale. L'étude de la Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge a abouti à des résultats similaires : pour l'année 2006, elle a évalué un quota de 23 %, dont 18 % de testaments et 5 % de pactes sur succession future. En comparaison avec le quota d'environ 31 pour cent estimée par LEIPOLD, *AcP* 180 (1980), 160 (193 et s.) pour les années 1974/75, cela constituerait une nouvelle régression. Un sondage antérieur par ordre du Bundestag, effectué lors de la réforme du droit portant sur la succession et les libéralités à cause de mort en 1969/70, avait donné un résultat pareil. 20 % des candidats interrogés avaient déclaré qu'ils avaient déjà établi une disposition testamentaire, et 21 % avaient déclaré qu'ils voulaient en établir une, v. STÖCKER, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* (FamRZ) 1971, 609 (610).

[4] Allensbacher Berichte (rapports) 2006 n° 16, *Das eigene Testament*, v. en ligne sur www.ifd-allensbach.de.

[5] V. *supra*, note 3.

[6] METTERNICH, *supra*, note 2, B. II. 3. d ; constatations similaires chez GUERICKE, *supra*, note 2, p. 43 ; ROTERING, *supra*, note 2, p. 36 ; SCHULTE, *supra*, note 2, p. 64 et s.

mœurs constituent la limite la plus importante à la liberté de disposer par testament.

La conception des bonnes mœurs en tant que limite des dispositions testamentaires a naturellement changé depuis l'entrée en vigueur du BGB il y a 110 ans. Initialement, il s'agissait surtout des testaments en faveur d'une concubine, qui étaient déclarés contraires aux bonnes mœurs[7]. À partir des années 1970, l'appréciation a évolué : d'abord, l'évaluation des relations extraconjugales ou « adultères » a changé[8]. Mais, ce qui est plus important, il s'est imposé que le § 138 BGB ne conférait pas au juge le pouvoir de corriger la volonté du défunt en faisant de *ses* idées de justice la mesure décisive[9]. La notion de bonnes mœurs était donc l'objet d'une juridisation. Ce développement continue toujours, les droits fondamentaux (*Grundrechte*) étant devenus le point de référence[10]. Ainsi, pourrait-on parler non seulement d'une juridisation des bonnes mœurs, mais également d'une sorte de « constitutionnalisation ». Cette « constitutionnalisation » se présente pour l'essentiel par deux cas de figure.

A. – *Pression intolérable*

D'abord, il s'agit des dernières volontés par lesquelles le défunt tente d'influencer les héritiers. Une fameuse affaire juridique de l'histoire récente, qui a été portée jusqu'à la Cour constitutionnelle fédérale, était celle de la Maison de Hohenzollern. Le point litigieux principal était de savoir s'il était licite d'instituer un héritier sous la condition que l'héritier se marie « conformément au rang ». Essentiellement, il s'agit de savoir si le défunt a le droit d'exercer une certaine pression financière sur la liberté de se marier. Peut-il instituer quelqu'un en tant qu'héritier à condition que cette personne se marie ou ne le fasse pas, change de foi, se retire d'une secte ou ne boive plus jamais d'alcool ? Est-ce une atteinte illicite aux libertés publiques ou,

---

[7] V. Décisions de la Cour suprême de l'Empire allemand en matière civile (*RGZ*) 166, 395, 399 ; Décisions de la Cour fédérale de justice en matière civile (*BGHZ)* 20, 71, 72 ; BGH, *FamRZ* 1963, 287, 288, évaluées chez KAROW, *Die Sittenwidrigkeit von Verfügungen von Todes wegen in historischer Sicht* (Thèse de doctorat, Kiel), 1997 ; FALK, « Zur Sittenwidrigkeit von Testamenten », in FALK/MOHNHAUPT (éds.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, 2000, p. 451 et s.

[8] *BGHZ* 53, 369, 377 et s. Testament en faveur d'une concubine.

[9] *BGHZ* 140, 118, 129, Hohenzollern.

[10] V. pour les détails RÖTHEL, « Testierfreiheit und Testiermacht », *AcP* 210 (2010), 32 (37 et s.).

par contre, l'héritier est-il protégé suffisamment par le droit à la réserve légale[11] ?

La Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH) approuvait la clause litigieuse parce qu'elle n'y voyait pas une « restriction grave » à la liberté de se marier[12]. Selon la Cour constitutionnelle, la Cour fédérale n'avait toutefois pas tranché diligemment le litige. Elle a cassé la décision parce que la Cour n'avait pas suffisamment examiné si la clause était propre à créer une « pression intolérable » sur la liberté de se marier[13]. Cette décision correspond plus ou moins à la grande tendance dans la doctrine[14].

B. – *Testaments en faveur de personnes handicapées ou nécessiteuses*

Le deuxième cas de figure ayant préoccupé récemment les tribunaux concerne des testaments dans lesquels le défunt tente de protéger le patrimoine successoral contre l'aide sociale. Pour donner un exemple : un testateur veut instituer son fils handicapé en tant qu'héritier, mais veut en même temps empêcher que son fils ne perde son droit à l'aide sociale. La solution consiste en l'institution du fils en tant qu'héritier grevé combiné avec l'institution d'un exécuteur. En même temps, les donations au fils sont restreintes de manière à ce qu'il demeure nécessiteux et ne perde donc pas ses droits à l'aide sociale. Dans le passé, cette construction était approuvée par la juridiction civile comme étant conforme aux bonnes mœurs[15]. Entre-

---

[11] L'institution en tant qu'héritier sous condition signifie que l'héritier est grevé, c'est-à-dire qu'il est soumis à des restrictions (cf. § 2104 BGB). Il reste alors la possibilité pour l'héritier institué sous condition, de renoncer à la succession et de demander la réserve légale s'il est héritier réservataire (nouveau § 2306 al. 1 BGB).

[12] BGHZ 140, 118, 128 et s. *Hohenzollern* ; tranché différemment en appel par le Tribunal régional supérieur (Oberlandesgericht, OLG) de Stuttgart.

[13] BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, 2008 et s. Hohenzollern.

[14] THIELMANN, *Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen*, 1973, p. 122 et s. ; KELLENTER, *Bedingte Verfügungen von Todes wegen* (Thèse de doctorat, Bayreuth), 1989, pp. 76-84 ; STAUDINGER/OTTE (éd. révisée 2003), § 2074 note 31 ; LANGE/KUCHINKE, 5e éd. 2001, § 27 VI 2 ; LEIPOLD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5e éd. 2010, § 2074 n. marg. 18. Pour une validité inconditionnelle, v. cependant GUTMANN, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff* (Thèse de doctorat, Munich), 2001, p. 208 et s. ; *idem,* « Der Erbe und seine Freiheit », *NJW* 2004, 2347, 2348 ; MUSCHELER, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 1999, 151, 152 ; KROPPENBERG, *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)* 2006, 86, 103 et s. À mon avis, la formule de la « pression intolérable » est imprécise. En reprenant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le contrôle du contenu des cautionnements et des contrats de mariage, les dispositions testamentaires ne devraient être invalides que si l'héritier n'était pas capable de maintenir son espace de liberté en renonçant à la succession à cause d'une situation d'« infériorité structurelle » ; en détail RÖTHEL, *AcP* 210 (2010), 32, p. 50 et s.

[15] BGHZ 111, 36 et s. 123, 368, 378. Un testament d'handicapé n'est pas contraire aux bonnes mœurs parce que le principe de rang inférieur de l'aide sociale n'a pas été réalisé en conséquence. Le verdict d'être contraire aux bonnes mœurs relatif au testament d'handicapé ne peut ainsi pas être

temps, les dits « testaments de personnes handicapées » et « testament de personnes économiquement faibles » sont devenus des éléments importants du répertoire de la pratique juridique[16].

Toutefois, ceci pourrait changer. Récemment, il semble devenir douteux qu'une telle composition testamentaire puisse toujours être considérée comme valide[17]. Des doutes existent en particulier quand il ne s'agit pas de la protection des personnes handicapés, mais de celle des personnes économiquement faibles, à savoir par exemple des chômeurs de longue durée (dits bénéficiaires « Hartz IV »). Dans une affaire, un tribunal du contentieux social a statué qu'un tel testament était invalide et la réduction des allocations donc légitime. La justification centrale était qu'il ne pourrait pas être que des commodités considérables (hobbies, voyages) soient financées par le patrimoine successoral alors que la vie quotidienne était financée par la solidarité des contribuables[18].

IV. INTERDICTION FIDÉICOMMISSAIRE (*RULE AGAINST PERPETUITIES*)

Enfin, il existe en droit allemand quelques règles avec la fonction d'une *rule against perpetuities*. Il s'agit de la durée admissible de la substitution fidéicommissaire et de l'exécution des dernières volontés. Mais, d'un point de vue comparatiste, le droit allemand reconnaît sur ce point au testateur des pouvoirs non seulement considérables mais également durables. L'institution en tant qu'héritier grevé n'est rattachée ni à un groupe de personnes, ni à un intérêt raisonnable[19]. Les quelques règles en fonction d'une *rule against perpetuities* sont interprétées dans un sens large, c'est-à-dire en faveur de perpétuer les intentions du testateur.

---

fondé sur une « appréciation nette et concise du législateur ou d'une conception juridique commune », critique par EICHENHOFER, *JuristenZeitung (JZ)* 1999, 226 ; RAISER, *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1995, 237.

[16] Indications d'aménagement chez LITZENBURGER, « Das Bedürftigentestament. Erbfolgegestaltung zu Gunsten von Langzeitarbeitslosen (Hartz-IV-Empfängern) », *ZEV* 2009, 278 et s. ; plus détaillé par ex. KÖSSINGER, in NIEDER/KÖSSINGER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, 3e éd. 2008, p. 936 et s., 950 et s.

[17] OLG de Hamm, arrêt du 16 juill. 2009, *ZEV* 2009, 471 et s. La renonciation à la succession par un handicapé grave est contraire aux bonnes mœurs ; commentaire affirmatif de LEIPOLD, *ZEV* 2009, 472 et s. ; Tribunal du contentieux social (Sozialgericht, SG) de Dortmund, décision du 25 sept. 2009, *ZEV* 2010, 54 et s. Testament d'indigent contraire aux bonnes mœurs, commentaire critique par KEIM, *ZEV* 2010, 56 et s.

[18] SG (Sozialgericht) de Dortmund, décision du 25 sept. 2009, *ZEV* 2010, 54 (55), commentaire par *Keim*.

[19] Vue d'ensemble comparatiste chez MUSCHELER, *Die Haftungsanordnung der Testamentsvollstreckung*, 1994, p. 60 et s. ; R. ZIMMERMANN, « Heres fiduciarius ? », in *id.*/HELMHOLTZ (éds.), *Itinera Fiduciae*, 1998, p. 267 et s.

Voyons de plus près. En principe, la substitution fidéicommissaire et l'exécution perdent leur effet après trente ans à compter de l'ouverture de la succession (§§ 2109 al. 1 phrase 1, 2210 phrase 1 BGB). Il y a pourtant des exceptions[20]. Et, comme souvent, les exceptions sont plus importantes que la règle générale. Ainsi, le testateur peut-il décider que l'exécution doit durer jusqu'à la mort de l'héritier ou de l'exécuteur ou jusqu'à ce qu'un autre évènement concernant l'un ou l'autre se réalise (§ 2210 phrase 2 BGB).

De nouveau, c'était la Maison de Hohenzollern qui nous a apportée des clarifications juridictionnelles[21]. Le pacte successoral conclu par Guillaume de Prusse et son fils Louis Ferdinand en 1938 comporte entre autres une clause stipulant que l'exécution devait persister « aussi longtemps que la loi le permet, c'est-à-dire au moins trente ans après la mort du prince héritier, au moins jusqu'à la mort de l'héritier (appelé) et au moins jusqu'à la mort des exécuteurs testamentaires ou de leurs successeurs ». En outre, il est stipulé que le président de la Cour fédérale doit nommer des remplacants quand un des exécuteurs désignés ou un de leurs successeurs également désignés fait défaut. Cela s'est passé ainsi[22]. En prenant le § 2210 phrase 2 BGB au sens propre du mot, une exécution infinie apparaît tout à fait possible. Le tribunal régional de Berlin, étant saisi par un des héritiers, raisonnait en vue du sens de la norme : le législateur historique visait une limitation temporelle. Par conséquent, la norme devait être corrigée de sorte que des exécutions « éternelles » et « perpétuelles » soient empêchées[23]. Il s'agit essentiellement d'une question fondamentale, à savoir la question de la validité et de la portée de la *rule against perpetuities* en droit allemand. La Cour fédérale de justice a interprété le § 2210 plutôt généreusement. Elle a statué qu'une exécution des dernières volontés demeure valide aussi longtemps qu'un exécuteur testamentaire, désigné dans les trente ans dès l'ouverture de la succession, est en fonction[24]. Concernant le litige décrit de la Maison Hohenzollern, l'exécution dure encore parce que l'exécuteur en

---

[20] À cet égard, RÖTHEL, « Erbrechtliche Wirkungsgrenzen (§§ 2109, 2210 BGB) als Intentionalitätsgarantien », in MARTINEK/RAWERT/WEITEMEYER (éds.), *Festschrift für Dieter Reuter*, 2010, p. 307-323.

[21] À propos de l'ordre de succession LG de Hechingen, *FamRZ* 2001, 721 ; OLG de Stuttgart, *FamRZ* 2002, 1365 ; OLG de Stuttgart, *FamRZ* 2005, 1863 ; BGH, NJW 1999, 566 ; BVerfG, *NJW* 2004, 2008. À propos de l'exécution des dernières volontés LG de Berlin, *ZEV* 2006, 506 ; Tribunal régional supérieur de Berlin (Kammergericht, KG, équivalent à l'OLG dans d'autres régions), *ZEV* 2007, 335 ; *BGHZ* 174, 346 et s. ; *BVerfG*, 1 BvR 909/08 du 25 mars 2009 (rejet du pourvoi).

[22] Cf. LG de Berlin, *ZEV* 2006, 506 et s.

[23] V. par ex. BAMBERGER/ROTH/J. MAYER, 2e éd. 2008, § 2210 n. marg. 4 ; *MünchKomm BGB*/W. ZIMMERMANN, 5e éd. 2010, § 2210 n. marg. 3 ; dans un sens plus strict REIMANN, « Die *rule against perpetuities* im deutschen Erbrecht », *NJW* 2007, 3034 (3037) : seulement l'exécuteur désigné premièrement dans le délai de trente ans doit être considéré.

[24] *BGHZ* 174, 346, 355 et s. Exécution perpétuelle des dernières volontés dans la Maison de Hohenzollern.

fonction a été nommé en 1975, c'est-à-dire avant que le délai de trente ans se soit écoulé. L'exécution dure donc déjà depuis soixante ans et pourrait bien durer encore dix à vingt ans.

Qu'est-ce qu'il s'en suit pour l'avenir ? Comme l'espérance de vie augmente toujours, les substitutions fidéicommissaires et les exécutions des dernières volontés qui durent plus de cent ans cesseront d'être des raretés. Autrement dit, il y a en droit allemand des règles du style d'une *rule against perpetuities*, mais elles sont interprétées de plus en plus dans un sens large[25]. À vrai dire, il ne faut pas parler d'une vraie *rule against perpetuities* du droit allemand, puisqu'en Allemagne, il est toujours possible d'établir une fondation au bénéfice privé, par exemple en faveur de la famille (dite *Privatstiftung* ou *Familienstiftung*).

V. D'AUTRES LIMITES

Il nous reste à jeter un coup d'œil sur une limite de la liberté de tester qui pourrait sembler un peu cachée, mais qui est devenue de plus en plus importante : il s'agit de l'interdiction de tester en faveur des hospices et d'autres institutions de soin pour personnes âgées (cf. § 14 Heimgesetz)[26]. Cette règle est considérée comme une interdiction (§ 134 BGB) des dispositions testamentaires correspondantes : elles sont considérées comme nulles et non avenues[27].

Le but de cette interdiction est la protection de la liberté de tester des personnes soignées dans de telles institutions. L'interdiction doit servir à protéger les personnes âgées contre des pressions ouvertes ou cachées exercées sur leur liberté de tester[28]. La jurisprudence a démontré une forte

---

[25] Pour une limitation *de lege ferenda* RÖTHEL, « Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß ? », *Expertise A pour le 68e Congrès allemand de juristes* (Deutscher Juristentag, DJT), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages Berlin 2010, Band 1, 2010, p. A 92 et s.

[26] Promulgation dans le Journal officiel de la République fédérale d'Allemagne le 23 avril 1990 (*BGBl.* I, 764) ; v. maintenant aussi § 10 de la loi du 18 novembre 2008 sur le logement avec de l'assistance et du soin dans des hospices (Wohn- und Teilhabegesetz, *WTG*), Journal officiel de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie (*GVBl. NW*) 2008, 738 ; art. 8 de la loi du 8 juillet 2008 relative à la réglementation de la qualité de soin, de l'assistance et du logement des personnes âgées ou handicapées (Pflege-und Wohnqualitätsgesetz, *PfleWoqG*), Journal officiel de la Bavière (*BayGVBl.*) 2008, 346 et § 14 de la loi du 10 juin 2008 sur les hospices en Bade-Wurtemberg, Journal officiel de Bade-Wurtemberg (*GBl. BW*) 2008, 169.

[27] *BGHZ* 110, 235, 240 ; Haute Cour bavaroise de justice (Bayerisches Oberstes Landesgericht – BayObLG, ayant été compétente en matière de cassation jusqu'au 30 juin 2006), *NJW* 1998, 2369, 2370.

[28] BVerfG, *NJW* 1998, 2964 ; § 14 HeimG.

tendance à interpréter cette interdiction dans un sens large[29]. Il est possible d'y voir un signe des besoins et probablement aussi des défaillances dans la pratique. Pourtant, dans la doctrine, la critique domine. Ou on y voit une limitation trop excessive au détriment de la liberté de tester[30] ou inversement, il est critiqué que le champ d'application soit trop limitée : la question est de savoir pourquoi il n'existe qu'une interdiction de tester en faveur du personnel des institutions de soins, mais non en faveur d'autres[31], par exemple quand une personne âgée est soignée à la maison[32]. De toute façon, la protection du testateur contre une influence inappropriée (« *undue influence* ») sera désormais une des tâches centrales du droit allemand successoral. Néanmoins, le chemin juste pour effectuer cette protection est encore à rechercher : « clause générale » ou énumération ? Solution juridictionnel ou décision du législateur ? Certes, nous nous trouvons juste au début d'une discussion qui devrait préoccuper les juristes et la jurisprudence encore un certain temps.

Un argument contre une solution législative par énumération vise la tonalité d'un soupçon généralisé qui y est attachée au détriment des professionnels ainsi concernés. De surcroît, on n'aurait pas égard au fait que la famille, notamment face aux exigences et surcharges des soins à la fin de la vie, *peut* également détourner dans quelque sorte et changer en un lieu de pression puissante. Voilà pourquoi il paraît pour l'instant préférable de conférer ce travail difficile à la jurisprudence, en ayant confiance qu'elle trouverait à protéger les testateurs contre de telles formes de pression[33].

---

[29] OLG de Düsseldorf *ZEV* 1997, 459 : applicabilité à l'institution des enfants du directeur de l'hospice en tant qu'héritiers ; OLG de Francfort-sur-le-Main, *NJW* 2001, 1504 : applicabilité à une libéralité en faveur du concierge d'un hospice et de son épouse ; BayObLG *NJW* 200, 1875 : applicabilité à une libéralité en faveur du associé-gérant de la GmbH qui gère l'hospice ; BayObLG, reportage de jurisprudence de la NJW (*NJW*-RR) 2004, 1591 : applicabilité à une libéralité en faveur d'un employé d'un hospice après que le défunt ait été transféré à un autre service du même hospice hors du domaine de l'employé, OLG de Munich *NJW* 2006, 2642 : applicabilité à un legs d'un proche parent d'un habitant de l'hospice, Tribunal administratif (Verwaltungsgericht, VG) de Wurtzbourg *ZEV* 2008, 601 : applicabilité à une libéralité en faveur d'une fondation de promotion liée à l'hospice par l'objet de la fondation.

[30] BROX/WALKER, *Erbrecht*, 24e éd. 2010, n. marg. 261 ; STAUDINGER/MEYER-PRITZL, *Eckpfeiler des Zivilrechts* 2008, p. 1175.

[31] Dans ce sens, LANGE/KUCHINKE, *supra*, note 14, § 35 II 3 d, p. 824 ; contre une application du § 14 HeimG par analogie *de lege lata*, FRANK, *Erbrecht*, 5e éd. 2010, § 3 n. marg. 9.

[32] Faisant référence à l'art. 909 al. 2 du Code civil français.

[33] En détail RÖTHEL, *AcP* 210 (2010), 32 (61 et s.).

VI. RÉSERVE LÉGALE (§§ 2303 et s. BGB)

La limite la plus évidente de la liberté de tester réside dans le droit à la part réservataire[34]. Ce droit est toujours largement débattu ; le règlement ne paraissant plus actuel à beaucoup de monde[35]. Certains ont même douté que la part réservataire soit conforme à la constitution. La Cour constitutionnelle s'y est pourtant opposée en 2005. Inversement, elle a déclaré que le droit des enfants à la part réservataire est garanti par la constitution, le point de repère étant la protection de la famille (art. 6 GG)[36].

La dernière réforme du droit successoral, entrée en vigueur le 1er janvier 2010[37], n'a pas affecté le droit à la part réservataire dans son principe. Elle a seulement entraîné quelques changements accessoires (v. *infra* 2). Les dispositions législatives essentielles, notamment le montant de la réserve légale et les titulaires, n'ont pas été altérées. En outre, d'autres idées se trouvent également écartées. Ni l'idée d'une limite absolue ni l'idée de privilèges en faveur des organisations d'utilité publique n'ont été transformées en loi[38].

A. – *Vue d'ensemble*

À la différence de la tradition romaine, il s'agit en droit allemand d'un droit de créance (comme maintenant aussi en France par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006). Le bénéficiaire ne devient pas héritier, mais il a droit à un paiement. Les bénéficiaires sont les descendants, père et mère, le conjoint survivant et également le partenaire dit « enregistré », c'est-à-dire un partenaire de même sexe dans le sens de la loi portant sur les partenariats enregistrés[39].

La réserve consiste en une créance à hauteur de la moitié de ce que les bénéficiaires auraient dû toucher dans le cadre de la succession légale à l'encontre du ou des héritier(s) désigné(s) par testament. La hauteur exacte

---

[34] Présentation détaillée déjà dans RÖTHEL, *El derecho de sucesiones y la legítima en el derecho alemán,* Colección Notariado hoy, 2008.

[35] Critique par DAUNER-LIEB, *DNotZ* 2001, 460 et s. ; HENRICH, *Testierfreiheit versus Pflichtteilsrecht*, 2000 ; *id*., *DNotZ* 2001, 441 et s. ; BECKERT, in RÖTHEL (éd.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, 2007, p. 1 et s.

[36] Décisions de la Cour constitutionnelle (*BVerfGE*) 112, 332 et s. Réserve légale.

[37] Loi du 24 septembre 2009 relative à la modification du droit sur la succession et les libéralités à cause de mort et du droit de la prescription extinctive, BGBl. I, 3142, entrée en vigueur le 1er janvier 2010 ; v. à ce propos REIMANN, *FamRZ* 2009, 1633 et s. ; MUSCHELER, *ZEV* 2008, 105 ; RÖTHEL, *ZEV* 2008, 112 ; WINDEL, *ZEV* 2008, 305 ; OTTE, *ZEV* 2008, 260 et s.

[38] Proposés par HÜTTEMANN/RAWERT, « Pflichtteil und Gemeinwohl. Privilegien für gute Zwecke ? », in RÖTHEL (éd.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, 2007, p. 73 et s.

[39] Loi du 16 février 2001, BGBl. I, 266.

de la réserve légale du conjoint ou partenaire enregistré survivant dépend en pratique du régime matrimonial et, le cas échéant, du nombre des enfants survivants du défunt. Généralement, c'est-à-dire en admettant que le couple vive sous le régime matrimonial légal (participation aux acquêts [*Zugewinngemeinschaft*]) et qu'il y a des enfants, la part héréditaire s'élève à la moitié de la succession (§§ 1931 al. 1 et 3, 1371 al. 1 BGB), la réserve légale donc à un quart. Si le défunt n'a pas d'enfants, mais que ses parents lui survivent, la part héréditaire du conjoint s'élève à trois quarts, la réserve donc à trois huitièmes. Seulement en cas d'un défunt sans enfants ni parents, le conjoint survivant est héritier unique et son droit à la part réservataire s'élève donc à la moitié du patrimoine successoral.

Il faut toutefois noter que la réserve légale du conjoint survivant ne joue guère un rôle capital en pratique. Par contre, le statut juridique du conjoint divorcé joue un rôle de plus en plus important. À cet égard, le droit allemand poursuit le concept du *clean break* : dès la demande de divorce par la personne ensuite décédée et si les conditions préalables du divorce sont remplies, le droit héréditaire du conjoint arrive à son terme (§ 1933 BGB). Par conséquent, le droit à la part réservataire arrive également à son terme. L'obligation alimentaire pour le conjoint divorcé s'effectue par un devoir d'entretien : le cas échéant, les créances alimentaires doivent être présentées auprès des héritiers (§ 1586b BGB). Mais, il faut noter que la dernière réforme du droit d'entretien (*Unterhaltsrecht*), datant de 2009[40] a limité considérablement les obligations d'entretien. L'ancienne « garantie éternelle » ou « garantie du niveau de vie » a été abolie. Il y a aujourd'hui une forte tendance à limiter le droit d'entretien à quelques années (cf. § 1578b al. 2 BGB). Ceci signifie en même temps un affaiblissement de la position du conjoint divorcé.

Si le divorcé se remarie, le nouvel époux sera exactement, comme le premier conjoint, successible en vertu de la loi, à savoir de la moitié du patrimoine successoral si on présume encore qu'il y a des enfants et que le couple vivait sous le régime matrimonial légal (§§ 1931 al. 1 et 3, 1371 BGB). La réserve légale s'élève ainsi à un quart. À première vue, le droit allemand ne fait pas de différence entre le premier et le deuxième conjoint. Cependant, le deuxième conjoint en tant qu'héritier peut être obligé de financer l'entretien du premier. La réforme du droit d'entretien de 2009 a pourtant renforcé la position du conjoint actuel par rapport au conjoint divorcé.

---

[40] Loi du 21 décembre 2007 relative aux nouveaux règlements du régime juridique du devoir d'entretien, BGBl I, 3189, entré en vigueur le 1er janvier 2008.

B. – *Changements du droit à la part réservataire prenant effet le 1er janvier 2010*[41]

1. Complément de la réserve lors des donations entre vifs (nouveau § 2325 BGB)

Si le défunt a disposé par donation entre vifs en faveur d'un tiers, l'héritier réservataire peut demander aux héritiers ou au tiers un complément de la réserve équivalent au montant dont la réserve légale s'augmenterait si on ajoutait la donation à la succession.

Jusqu'à présent, les donations entre vifs effectuées dix ans ou plus avant le décès n'étaient pas considérées. Depuis le 1er janvier 2010, une « diminution en tranches » s'opère ; autrement dit, il se réalise une imputation *pro rata temporis.* Les donations effectuées pendant la première année doivent complètement être compensées. Les donations effectuées pendant la deuxième année doivent être compensée à neuf dixièmes etc.

2. Sursis de paiement (nouveau § 2331a BGB)

Depuis le 1er janvier 2010, le droit de l'héritier à une demande de sursis est également modifié. Le but législatif était de renforcer la demande de sursis en quelque sorte. Comme les créances sont dues immédiatement, il en résulte des difficultés si le patrimoine successoral ne se compose pas de fonds liquides mais de biens immobiliers ou même d'une entreprise. Dans le passé, on a souvent critiqué les effets destructeurs du droit à la réserve, surtout en ce qui concerne les entreprises[42].

La différence essentielle par rapport à la situation ancienne porte sur le fait que ce n'est désormais pas seulement un héritier appartenant lui-même au groupe des personnes ayant droit à la part réservataire (c'est-à-dire le conjoint, père et mère et les enfants du défunt) qui peut demander un sursis, mais que chaque héritier peut le demander (nouveau § 2331a al. 1 phrase 1 BGB). En ce qui concerne la portée de la demande de sursis, il faut noter que les conditions de la demande n'ont subi que des extensions mesurées : un sursis est accordé si l'accomplissement immédiat présente une « rigueur injuste » pour le débiteur (anciennement : si elle touche l'héritier durement et de façon inhabituelle). À ce propos, il faudra examiner si la jurisprudence arrivera à une ligne disons plus favorable envers les entreprises et d'autres valeurs non-liquides.

---

[41] Par la loi du 24 septembre 2009 relative à la modification du droit sur la succession et les libéralités à cause de mort et du droit de la prescription extinctive, BGBl. I, 3142 (cf. note 37).

[42] Critique par DAUNER-LIEB, *DNotZ* 2001, 460 et s. ; propositions réformatrices chez KARSTEN SCHMIDT, « Pflichtteil und Unternehmensnachfolge, Rechtspolitische Überlegungen », in RÖTHEL (éd.), *Reformfragen des Pflichtteilsrechts*, 2007, p. 37 et s.

3. Indignité réservataire (nouveau § 2333 BGB)

Enfin, les raisons d'indignité du réservataire ont été modifiées et « modernisées ». En particulier, l'indignité du réservataire pour cause d'« inconduite infâme et immorale » (ancien § 2335 n° 5 BGB) a été abolie. À sa place, on trouve maintenant l'indignité du réservataire à cause d'une infraction intentionnelle sous condition que la participation au patrimoine successoral soit par la suite inacceptable pour le défunt (nouveau § 2333 al. 1 n° 4 BGB)[43].

VII. PACTES SUCCESSORAUX ET TESTAMENTS COMMUNS

A. – *Vue d'ensemble*

Outre le testament simple, le droit allemand connaît également le testament commun (§§ 2265 et s. BGB) et le pacte successoral (§§ 2274 et s. BGB). La différence essentielle entre ces deux modes de léguer réside dans le fait que le testament commun ne peut être établi que par des conjoints ou partenaires enregistrés alors que les pactes successoraux peuvent être conclus par tout le monde. En outre, les testaments communs peuvent être établis en forme simplifiée, à savoir dans la forme olographe. Par contre, la conclusion d'un pacte successoral demande forcément la forme par un acte notarié. Les effets du testament commun et du pacte successoral sont néanmoins largement similaires.

B. – *Idées réformatrices*

La coexistence du testament commun et du pacte successoral en droit allemand est critiquée depuis longtemps. Les expériences pratiques démontrent que l'établissement olographe et souvent non assisté d'un testament commun repose, dans la plupart des cas, sur de fausses idées de sa force obligatoire. Il a ainsi été proposé d'abandonner entièrement le testament commun ou au moins d'abolir le privilège de forme et d'y introduire également l'établissement par acte public, c'est-à-dire notarié[44].

---

[43] Exceptionnellement, il ne doit pas être inacceptable si le défunt a participé à l'infraction de l'héritier réservataire, par exemple en matière de délits liés aux stupéfiants (exemple donné par la motivation du projet de loi, v. imprimé du Bundestag (*BT-Drucks.*) 16/8954 du 24 avril 2008, p. 54 et s.).

[44] Cf. RÖTHEL, *supra* note 25, p. A 71 et s.

Également, il est suggéré d'attacher la force obligatoire seulement aux dispositions explicitement désignées comme obligatoires.

Enfin, on discute pour clarifier l'effet de la force obligatoire sur la liberté de disposer entre vifs (cf. § 2287 BGB). Selon les lois en vigueur, les héritiers contractuels (c'est-à-dire désignés avec force obligatoire) peuvent réclamer des donations effectuées dans l'intention de leur causer un préjudice. En pratique, il s'agit des cas de figure dans lesquels un testateur contractuellement obligé veut disposer entre vifs en faveur d'un nouveau conjoint ou concubin. Selon la jurisprudence, cela se peut seulement si le défunt dispose en poursuivant un intérêt propre, par exemple afin de compenser des prestations de soin ou d'assistance[45]. Évidemment, cette condition amènera des argumentations douteuses et même simulées[46]. Sur ce point, il y a une forte tendance critique dans la doctrine.

En résumé, le besoin d'un instrument qui fasse naître une force obligatoire existe toujours. Seulement, nous nous trouvons entre-temps aussi face à une sensibilité distincte envers les dangers qui sont inhérents pour les parties contractantes qui perdent leur liberté de tester. Une tendance réformatrice tente de faire valoir une plus grande sensibilité envers les testaments communs et les pactes successoraux « irréfléchis », soit à cause de pression soit à cause d'une inexpérience commerciale.

VIII. PERSPECTIVES

Dans plusieurs ordres juridiques européens, le droit des successions se trouve sur l'agenda réformateur ou a récemment été réformé. À mon avis, en Allemagne aussi, il serait nécessaire de reconsidérer quelques aspects. La dernière réforme de 2009 ne peut être considérée que comme un petit et premier pas. Quels sont les devoirs du législateur futur ? À mon avis, il s'agit de redéfinir la relation entre la liberté du testateur et le besoin de limiter cette liberté pour des raisons de protection, soit en faveur des testateurs âgés et dépendants, soit en faveur des héritiers en protégeant ceux-ci contre des « régimes éternels par la tombe » (*Herrschaft aus dem Grabe*, régime des mains froides). À ce propos, les ordres juridiques européens se retrouvent en face de tâches comparables.

---

[45] BGH, NJW 1992, 2630 (2631) ; BGH, FamRZ 1986, 980 ; LANGE/KUCHINKE, supra note 15, § 25 V (p. 490) ; RITTER, Der Konflikt zwischen einer erbrechtlichen Bindung aus erster Ehe und einer Verfügung des überlebenden Ehegatten zugunsten eines neuen Lebenspartners, 1999, p. 203 et s.

[46] RÖTHEL, *supra* note 25, p. A 78 et s.